

Paris, le 26 novembre 2019

---

**Décision du Défenseur des droits n°2019-239**

---

**Le Défenseur des droits,**

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Vu le décret n°2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits ;

Vu la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées ;

Vu la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Vu la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ;

Vu le code du travail ;

---

Vu le jugement du conseil de prud'hommes de Z du 17 décembre 2013 ;

Vu l'arrêt de la cour d'appel de Y du 26 juillet 2018 ;

Saisi d'une réclamation de Madame X relative à des faits de discrimination dont elle s'estime victime dans son emploi en raison de son état de santé et de son handicap,

Décide de présenter les observations suivantes devant la Cour de cassation.

Jacques TOUBON

**Observations devant la Cour de cassation présentées dans le cadre de l'article 33 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011**

1. Le 2 décembre 2010, Madame X a saisi la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE) d'une réclamation relative à des faits de discrimination dont elle s'estime victime dans son emploi en raison de son état de santé et de son handicap.
2. Depuis le 1<sup>er</sup> mai 2011, conformément à l'article 44 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, « les procédures ouvertes par (...) la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (...) se poursuivent devant le Défenseur des droits ».

**I. FAITS :**

3. Madame X a été engagée par la société W en qualité de cadre conseiller, selon contrat à durée indéterminée en date du 5 novembre 2001.
4. Dans ce cadre, la salariée était chargée de commercialiser des licences de la société W auprès de grandes entreprises, ce qui occasionnait des déplacements réguliers afin de rencontrer ses clients.
5. En 2006, Madame X a intégré une équipe dirigée par deux managers.
6. En février 2007, la salariée a été victime d'un grave accident de ski à la suite duquel elle a subi, en 2007 et 2008, deux importantes opérations chirurgicales et a été placée en arrêt maladie.
7. Le 24 septembre 2008, à l'occasion de la visite de reprise, Madame X a été déclarée apte à son poste par le médecin du travail et a repris ses fonctions.
8. Néanmoins, la salariée n'a pas retrouvé son état physique antérieur à l'accident à la suite des opérations susvisées et est restée ainsi physiquement handicapée, les séquelles de son accident étant visibles.
9. Parallèlement, ses conditions de travail se sont considérablement dégradées en raison, notamment, d'altercations avec l'un des deux managers de son équipe concernant l'un de ses principaux clients.
10. Craignant qu'une gestion irrégulière de ce client ne lui soit reprochée, Madame X a sollicité, le 4 juin 2009, un audit RH en dénonçant le comportement de ses deux managers.
11. Le choc psychologique créé par la réaction de l'un de ses managers à cette demande d'audit a conduit la salariée à être placée en arrêt maladie du 9 au 24 juin 2009 pour syndrome dépressif.
12. Le 2 septembre 2009, elle est déclarée apte au poste d'ingénieur commercial par le médecin du travail.
13. Le 27 octobre 2009, le médecin du travail la dirige vers un service de pathologie professionnelle et décide de la déclarer en maladie à caractère professionnel auprès du médecin inspecteur du travail.
14. En fin d'année 2009, Madame X s'est vu retirer la gestion de l'un de ses principaux clients.
15. Le 12 janvier 2010, la qualité de travailleur handicapé lui a été reconnue par la MDPH.

16. Du 15 au 28 janvier 2010, elle a été placée en arrêt maladie pour syndrome dépressif.
17. Parallèlement, en l'absence de réponse à sa première demande de médiation formée, en novembre 2009, en application de l'article L.1152-6 du Code du travail, Madame X a reformulé une nouvelle demande de médiation le 15 janvier 2010.
18. Cette nouvelle demande est, à nouveau, restée sans réponse.
19. A son retour d'arrêt maladie le 29 janvier 2010, Madame X n'a pas retrouvé son poste et a ainsi été évincée de son équipe.
20. Du 25 février au 18 mars 2010, elle a de nouveau été placée en arrêt maladie.
21. A son retour, par avis du 25 mars 2010, le médecin du travail l'a déclarée apte à son poste.
22. Malgré cet avis d'aptitude, Madame X serait restée sans affectation.
23. Le 8 avril 2010, elle transmet à la mission handicap de la société la copie de sa Reconnaissance de la qualité de travailleur handicapé (RQTH).
24. Du 20 avril au 11 mai 2010, elle a de nouveau été placée en arrêt maladie.
25. A son retour d'arrêt maladie, Madame X serait, de nouveau, restée sans poste.
26. En août 2010, un poste de commercial au sein d'une autre équipe avec la gestion de 813 comptes lui a été proposé.
27. Le 11 août 2010, le médecin du travail l'a déclarée apte au poste de commercial « avec aménagement de poste pour 6 mois ».
28. Par courrier électronique du 27 août 2010, le médecin du travail a précisé à la société W le contenu de l'aménagement de poste préconisé :
  - « travail à domicile le plus souvent possible (poste aménagé),
  - déplacements chez les clients et les partenaires limités à une durée de 2 heures et au-delà en position semi-allongée,
  - éviter, dans la mesure du possible, les escaliers à la montée comme à la descente ».
29. Par courrier électronique du 23 septembre 2010, le médecin du travail a rappelé à la société W ses préconisations émises un mois auparavant.
30. Par courriers électroniques du 28 septembre 2010, Madame X a alerté Messieurs A et B sur l'inadaptation de son poste de travail avec les recommandations du médecin du travail et son handicap et a sollicité des explications quant aux objectifs « irréalisables » qui lui étaient fixés.
31. Elle a également dénoncé les nombreux déplacements en province qu'impliquait son poste.
32. Par courrier électronique du 30 septembre 2010, Madame X a adressé à Monsieur A une demande de changement de territoire pour 2011 afin de l'adapter à sa qualité de travailleur handicapé ainsi qu'à ses compétences initiales de gestion de grands comptes.
33. Par courrier électronique du 4 octobre 2010, Madame X a adressé à Monsieur B copie de la reconnaissance de sa qualité de travailleur handicapé, l'a alerté de nouveau sur le non-respect des aménagements préconisés par le médecin du travail et lui a rappelé les dispositions de la convention handicap signée par la société W.

34. Elle a par ailleurs souligné l'absence de plan de commissionnement pour le premier semestre 2010 (H1 2010) et contesté le plan qui lui avait été proposé pour le second semestre (H2 2010), estimant que ces mesures étaient en lien avec la dénonciation des faits de harcèlement moral à l'encontre de ses anciens managers.
35. En octobre 2010, Madame X a été victime d'une chute à la descente d'un train.
36. Du 8 au 17 octobre 2010 puis du 18 novembre au 31 décembre 2010, elle a été placée en arrêt maladie.
37. Le 1<sup>er</sup> décembre 2010, Madame X a renouvelé sa demande de changement de territoire pour 2011 auprès de Monsieur A.
38. Par avis du 3 février 2011, le médecin du travail l'a déclarée apte au poste de commercial « avec aménagement de poste pour 6 mois ».
39. Par courrier électronique du même jour, il a émis les mêmes recommandations que le 27 août 2010 en ajoutant : « *Compte tenu de l'évolution de la pathologie, je dois rajouter l'impossibilité de rester dans des positions allongées (debout, assise, etc.)* ».
40. Il demandait également à la société de « *trouver à cette salariée reconnue handicapée un poste adapté à son état de santé* ».
41. En mars 2011, le Directeur des ressources humaines de la société, a informé Madame X de son affectation à un nouveau poste au sein d'une nouvelle équipe.
42. La fiche de poste jointe au courrier d'affectation mentionnait que le candidat devait bénéficier d'une ancienneté d'un an et qu'il exercerait ses missions principalement au téléphone.
43. Madame X et son conseil ont dénoncé auprès de la société W cette affectation en soulignant qu'il s'agissait d'un poste de télévendeur de niveau débutant qui ne respectait pas les recommandations du médecin du travail en ce qu'il impliquait une station assise prolongée.
44. Son état de santé s'étant à nouveau dégradé, son poste n'ayant jamais été aménagé, Madame X a dû être placée en arrêt maladie à compter du 3 mars 2011.
45. Par décision n°MLD/2013-135 du 30 juillet 2013, le Défenseur des droits a constaté que les mesures prises à l'égard de Madame X étaient constitutives d'une discrimination et de faits de harcèlement moral au sens des articles L.1132-1, L.1152-1 et L.5213-6 du code du travail et de l'article 1<sup>er</sup> de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.
46. Il a par conséquent décidé de présenter des observations devant le conseil de prud'hommes de Z.
47. Par jugement du 17 décembre 2013, le conseil de prud'hommes a dit que :
  - en l'espèce le harcèlement moral n'était pas avéré et débouté Madame X de sa demande à ce titre,
  - il n'y avait pas eu discrimination en raison du handicap et a débouté Madame X de sa demande à ce titre,
  - il n'y avait pas eu violation par l'employeur de l'obligation de sécurité et débouté Madame X de sa demande à ce titre,
  - le rappel de commissions depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2010 n'était pas dû et a débouté Madame X de sa demande à ce titre,

- il n'y avait pas lieu à rappel de maintien de salaire à compter du 1<sup>er</sup> mars 2011 à septembre 2013 et débouté Madame X de sa demande à ce titre.
48. Il a également débouté Madame X de ses demandes de fixation de salaire et du montant de complément de salaire prévoyance.
  49. Enfin, il a fait injonction à la société employeur de présenter à Madame X une offre loyale de reclassement, conforme aux préconisations de la médecine du travail, sur un emploi, sans qu'il y ait lieu de fixer une astreinte.
  50. Cette injonction n'ayant pas eu de suite, Madame X n'a pas pu réintégrer son poste et reste en arrêt maladie.
  51. Madame X a interjeté appel de ce jugement.
  52. Par décision n°MLD/2014-140 du 17 décembre 2014, le Défenseur des droits a décidé de présenter des observations devant la cour d'appel de Y saisie de ce litige.
  53. Par arrêt du 26 juillet 2018, la cour d'appel a infirmé le jugement du conseil de prud'hommes.
  54. Statuant à nouveau, elle a condamné la société W à verser à Madame X diverses sommes à titre de dommages et intérêts pour harcèlement moral, de dommages et intérêts pour discrimination en raison du handicap, de dommages et intérêts pour violation de l'obligation de sécurité et en application de l'article 700 du code de procédure civile.
  55. Elle a débouté Madame X du surplus de ses demandes.
  56. Madame X a formé un pourvoi contre cet arrêt en tant qu'il l'avait déboutée de ses demandes de rappel de commissions au titre des années 2008, 2009 et 2010 ainsi que de sa demande de dommages et intérêts pour perte de chance.
  57. La société W a quant à elle formé un pourvoi incident à l'encontre de cet arrêt en tant qu'il l'avait condamnée à verser à Madame X diverses sommes à titre de dommages et intérêts pour harcèlement moral, pour violation de l'obligation de sécurité et pour discrimination en raison du handicap.
  58. C'est dans ce contexte que le Défenseur des droits entend présenter des observations relatives, d'une part, à l'indemnisation de la perte de chance (quatrième moyen de cassation de Madame X) et, d'autre part, à la discrimination en raison du handicap (troisième moyen de cassation de la société W).

## **II. DISCUSSION :**

### **➤ *Sur le quatrième moyen de cassation de la réclamante relatif à l'indemnisation de la perte de chance malgré la reconnaissance d'une discrimination :***

59. Dans le cadre de ce moyen, Madame X fait grief à la cour d'appel de Y de l'avoir déboutée de sa demande de dommages et intérêts pour perte de chance après avoir pourtant reconnu l'existence d'une discrimination en raison de son handicap en raison du défaut d'aménagement de son poste de travail.
60. Pour débouter la salariée de sa demande à ce titre, la cour d'appel a retenu que :

« Il ne résulte pas du dossier que Mme X, qui demeure toujours à l'effectif de son employeur, rapporte la preuve d'avoir été privée, comme elle l'affirme, de poursuivre sa carrière jusqu'à sa retraite du fait de son employeur alors qu'il est constant qu'elle a été

victime d'un accident de ski, conduisant à la reconnaissance de son statut d'handicapée, et auquel l'employeur est étranger »<sup>1</sup>.

61. S'il est exact que l'accident de ski survenu en 2007 est sans lien avec l'emploi de Madame X, la cour d'appel a néanmoins constaté que la W s'était rendue coupable d'une discrimination en raison du handicap au sens des dispositions des articles L.1132-1 et L5213-6 du code du travail, en raison de l'absence d'aménagement raisonnable du poste de travail de la salariée et du refus répété de l'employeur de mettre en œuvre les préconisations de la médecine du travail.
62. À cet égard, le Défenseur des droits souhaite souligner que la Cour de cassation est venue préciser que le non-respect répété par un employeur des préconisations du médecin du travail peut constituer un harcèlement moral<sup>2</sup>.
63. L'article 1<sup>er</sup> de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008, auquel renvoie l'article L.1132-1 du code du travail et qui transpose notamment la directive 2000/78/CE, précise que la discrimination inclut tout agissement lié à un critère de discrimination prohibé, dont le handicap, subi par une personne ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant.
64. En vertu de ces dispositions, le Défenseur des droits considère que le refus de l'employeur d'aménager le poste d'un travailleur handicapé en dépit de préconisations du médecin du travail, qui empêche le salarié d'exercer son emploi ou d'y progresser, constitue un harcèlement fondé sur le handicap constitutif d'une discrimination.
65. Au cas présent, la cour d'appel ne pouvait donc, sans se livrer à une erreur d'appréciation des faits, conclure que les arrêts maladie de la salariée étaient exclusivement liés à une autre cause que l'impossibilité de poursuivre son emploi à un poste aménagé et adapté à son handicap.
66. En reconnaissant l'existence d'une discrimination sans retenir que l'employeur avait contribué à la situation dans laquelle se trouvait la salariée, la cour n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations.
67. Il appartenait à la cour d'appel d'en tenir compte pour apprécier l'existence d'une perte de chance pour la salariée de poursuivre sa carrière jusqu'à sa retraite et de percevoir une retraite plus avantageuse et ce, afin d'assurer une juste réparation du préjudice subi par la salariée, conformément au principe de la réparation intégrale du préjudice applicable en matière de discrimination.
68. À cet égard, le Défenseur des droits entend rappeler que le principe de réparation intégrale du préjudice impose au juge, lorsqu'il constate l'existence d'un manquement de l'employeur, d'en réparer dans toutes ses composantes le préjudice en résultant pour le salarié.
69. En vertu de ce principe, la Cour de cassation considère en effet de longue date que « l'auteur d'un dommage est tenu à la réparation intégrale du préjudice causé, de telle sorte qu'il ne puisse y avoir pour la victime ni perte ni profit »<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Arrêt, p. 14, 1<sup>er</sup> §

<sup>2</sup> Cass. soc., 28 janvier 2010, n°08-42616

<sup>3</sup> Cass. Civ. 2<sup>ème</sup> 9 novembre 1976, Bull. civ. II n°302 et, dans le même sens, plus récemment, Cass. Soc. 15 juin 2018, n°17-12.486 ; Cass. Civ. 2<sup>ème</sup> 14 juin 2018, n°17-18.503 ; Cass. Civ. 2<sup>ème</sup> 24 mai 2018, n°17-18.384 ; Cass. Civ. 2<sup>ème</sup> 3 mai 2018, n°17-14.985

70. Il appartient en conséquence au juge de replacer le salarié qui en a été victime dans la situation où il se serait trouvé si le comportement dommageable n'avait pas eu lieu<sup>4</sup>.
71. En matière de discrimination, l'article L.1134-5 alinéa 3 du code du travail rappelle tout particulièrement ce principe, disposant que : « Les dommages et intérêts réparent l'entier préjudice résultant de la discrimination, pendant toute sa durée ».
72. La réparation intégrale inclut le versement de rappels de salaires et, le cas échéant, des accessoires de salaires (primes, indemnités, avantages en nature, etc.) et de droits à la retraite. Il s'agit d'indemniser la perte de chance d'avoir une carrière normale.
73. Et, il ne semble pas que l'on puisse considérer, ainsi que le fait valoir la société W en défense, que la cour d'appel aurait d'ores tenu compte de cette incidence dans l'évaluation qu'elle a faite des dommages et intérêts accordés au titre du harcèlement moral, de la discrimination et du manquement à l'obligation de sécurité, à défaut quoi elle aurait certainement débouté sur ce fondement Madame X de sa demande de dommages et intérêts pour perte de chance.
74. Quant au fait que Madame X appartienne toujours aux effectifs de l'entreprise, cette circonstance ne semble pas pertinente, à elle seule, pour écarter toute perte de chance pour la salariée de poursuivre normalement sa carrière jusqu'à sa retraite.
75. Il ressort des éléments communiqués que Madame X a été privée d'une rémunération variable en 2010 jusqu'à son placement en arrêt maladie au mois de mars 2011, du fait de l'absence d'aménagement de son poste de travail par l'employeur. Elle n'a ainsi perçu que sa rémunération théorique de référence. Il conviendrait par conséquent de fixer le montant de sa part variable pour l'année 2010 et le 1<sup>er</sup> trimestre 2011 à un niveau comparable aux années antérieures. Dans ses conclusions devant la cour d'appel, Madame X sollicitait à ce titre la somme globale de 300 000 euros et 30 000 euros de congés payés afférents pour les années 2010 et 2011.
76. En outre, il est constant que Madame X est en arrêt maladie depuis le mois de mars 2011, soit depuis sept ans au jour où la cour d'appel a statué, et ne perçoit, de ce fait, plus aucune rémunération de son employeur.
77. La somme dont elle est indemnisée au titre de sa prévoyance est fondée sur un salaire minoré. L'article 16 2° de la convention collective applicable prévoit en effet : « Après 1 an de présence dans l'entreprise, en cas d'absence pour maladie ou accident constaté dans les conditions prévues au 1°, l'employeur doit compléter les indemnités journalières versées par les organismes de sécurité sociale et par un régime complémentaire de prévoyance, pour assurer à l'intéressé des ressources égales à tout ou partie de ses appointements mensuels sur les bases suivantes : (...) - de 5 à 10 ans : 4 mois à plein tarif et 4 mois à demi-tarif (...) ». Ainsi, la base de rémunération retenue était déjà privée de sa rémunération variable antérieure.
78. Devant la cour d'appel, la salariée sollicitait la désignation d'un expert-comptable pour évaluer l'indemnité pour perte de chance pour avoir été privée de poursuivre sa carrière avec pleine rémunération jusqu'à sa retraite et subsidiairement demande la somme de 500 000 euros à titre de dommages-intérêts.
79. En outre, quand bien même la salariée reprendrait, à court ou moyen terme, une activité professionnelle au sein de la société W, il paraît acquis que cette suspension de son contrat de travail aura nécessairement une incidence sur sa carrière qui, sans ce défaut d'aménagement de poste et cet arrêt maladie, aurait probablement continué à évoluer.

---

<sup>4</sup> Cass. Soc. 28 septembre 2011, n°10-14.662 ; Cass. Soc. 20 mars 2013, n°11-27.432 ; Cass. Soc. 18 mars 2014, n°12-22.272 ; Cass. Soc. 22 septembre 2015, n°14-12.742

80. À cet égard, l'affirmation de la société W, selon laquelle la perte de chance de poursuivre sa carrière jusqu'à sa retraite ne pourrait être indemnisée qu'à la condition que son contrat de travail soit rompu, ne semble pas fondée.
81. En effet, si dans l'arrêt cité par la société à l'appui de cette affirmation, la Cour de cassation a retenu que l'indemnisation du préjudice consistant dans la perte de chance de poursuivre une carrière normale « était comprise dans les dommages-intérêts alloués à l'intéressée en réparation du préjudice résultant de la rupture de son contrat de travail, lequel comprenait nécessairement l'indemnisation de la perte d'une perspective de carrière dans l'entreprise »<sup>5</sup>, il doit en être déduit, non pas que ce préjudice ne peut être indemnisé en l'absence de rupture du contrat de travail mais, au contraire, qu'il doit être, dans ce cas, indemnisé distinctement, ce qui n'a pas été le cas en l'espèce.

➤ **Sur le troisième moyen de cassation de la société W relatif à la discrimination en raison du handicap :**

82. Dans le cadre de ce moyen, la société W reproche à la cour d'appel de Y de l'avoir condamnée à verser à Madame X une somme à titre de dommages et intérêts pour discrimination en raison du handicap.
83. À l'appui de cette condamnation, la cour d'appel a relevé en substance que la société employeur ne rapportait pas la preuve que les postes proposés à Madame X en septembre 2010 puis en mars 2011 respectaient les préconisations du médecin du travail et, s'agissant du second d'entre eux, qu'il s'agissait d'un emploi au moins similaire à celui précédemment occupé par la salariée.
84. Sur cette question, le Défenseur des droits souhaite rappeler qu'au-delà des dispositions générales des articles L.1132-1 et suivants du code du travail, les dispositions spécifiques de l'article L.5213-6 du code du travail prévoient une protection renforcée des travailleurs handicapés.
85. En vertu de ces dispositions, l'employeur doit prendre toute mesure appropriée visant à permettre à un travailleur handicapé de conserver son emploi et de s'y maintenir en prenant en compte les besoins spécifiques dus à son handicap.
86. En application de l'article L.4624-1 du code du travail, l'employeur est tenu d'assurer l'effectivité des préconisations du médecin du travail, ou, le cas échéant, de faire connaître les motifs qui s'opposent à ce qu'il y soit donné suite. Au-delà, l'employeur doit mettre en place toute autre mesure susceptible de permettre au travailleur handicapé d'exercer et de conserver son emploi.
87. Conformément au principe de l'aménagement de la charge de la preuve applicable en matière de discrimination, défini par l'article L.1134-1 du code du travail, « Le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination (...). Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ».
88. Au cas présent, il appartenait par conséquent à la société W de démontrer qu'elle avait effectivement satisfait à l'obligation d'aménagement raisonnable pesant sur elle du fait du statut de travailleur handicapé de Madame X et, en particulier, que les postes proposés à la salariée étaient conformes aux préconisations du médecin du travail et correspondaient à sa qualification.

---

<sup>5</sup> Cass. soc., 30 mars 2011, n°09-68075



89. Le fait que la salariée ait accepté le poste proposé par l'employeur et le fait que l'employeur ait entrepris des démarches auprès de la médecine du travail, ainsi que le fait valoir la société, sans produire davantage d'éléments concernant le poste concerné et le respect des préconisations du médecin du travail, ne suffisent pas à démontrer que l'employeur a respecté son obligation d'aménagement raisonnable.
90. Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend porter à la connaissance de la Cour de cassation.

Jacques TOUBON